



UOHSX00ASR5Y

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0182/2017/VZ-03924/2018/321/HBa

Brno 8. února 2018

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 16. 10. 2017 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 17. 10. 2017 zadavatelem –

- **městem Třebíč**, IČO 00290629, se sídlem Karlovo nám. 104/55, 674 01 Třebíč,

proti výrokům II, III, III a IV rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0285/2017/VZ-28628/2017/512/KMo ze dne 3. 10. 2017, vydaném ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání části 2. „JIH“ veřejné zakázky „**Čištění a zimní údržba místních komunikací a ostatních ploch v majetku města Třebíče**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 4. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-003982 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 072-137185, jehož dalšími účastníky jsou –

- navrhovatel - společnost **AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o.**, IČO 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10, Hostivař, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 29. 6. 2017 JUDr. Ing. Janem Vychem, advokátem, ev. č. ČAK 10316, advokátní kanceláře Advokátní kancelář Vych & Partners, s. r. o., IČO 61215741, se sídlem Lazarská 11/6, 120 00 Praha 2, Nové Město,
- vybraný dodavatel – společnost **KLEE s. r. o.**, IČO 29259312, se sídlem Skalecká 350/3, 170 00 Praha 7, Holešovice

jsem podle ustanovení § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ustanovením § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0285/2017/VZ-28628/2017/512/KMo ze dne 3. 10. 2017 ve výrocích označených II, III, III a IV

r u š í m

a v této části věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

II.

Nařizuji z moci úřední podle § 61 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, toto

p ř e d b ě ž n é o p a t ř e n í:

Zadavateli – město Třebíč, IČO 00290629, se sídlem Karlovo nám. 104/55, 674 01 Třebíč – se ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na část 2. „JIH“ veřejné zakázky „Čištění a zimní údržba místních komunikací a ostatních ploch v majetku města Třebíče“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 4. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-003982 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 072-137185.

ODŮVODNĚNÍ

I. Řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 24. 7. 2017 byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), příslušnému podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon**“) k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem doručen návrh navrhovatele – AVE CZ odpadové hospodářství s. r. o., IČO 49356089, se sídlem Pražská 1321/38a, 102 00 Praha 10, Hostivař (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – město Třebíč, IČO 00290629, se sídlem Karlovo nám. 104/55, 674 01 Třebíč, (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání části 2. „JIH“ veřejné zakázky „Čištění a zimní údržba místních komunikací a ostatních ploch v majetku města Třebíče“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 4. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-

003982 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 4. 2017 pod ev. č. 2017/S 072-137185 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. V návrhu navrhovatel uvedl, že zadavatel při výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky jednal v rozporu se zásadou transparentnosti a že zadávací podmínky veřejné zakázky byly nastaveny účelově tak, aby byl následně vybrán zadavatelem předem preferovaný dodavatel.
3. Dále navrhovatel v návrhu uvedl, že zadavatel akceptoval reference vybraného uchazeče – KLEE s. r. o., IČO 29259312, se sídlem Skalecká 350/3, 170 00 Praha 7, Holešovice (dále jen „**vybraný dodavatel**“ nebo „**vybraný uchazeč**“), které však dle navrhovatele nesplňovaly požadavky kladené na dané reference, tedy že zadavatelem vybraný uchazeč nesplňuje podmínky v rámci vymezení požadavků na prokázání splnění daného kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona. Dle navrhovatele měl proto zadavatel vybraného uchazeče vyloučit z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění kritéria technické kvalifikace. Navrhovatel tedy spatřoval postup zadavatele v rozporu se zákonem a porušující zásadu transparentnosti.
4. Navrhovatel dále v návrhu namítal, že zadavatel neoprávněně prodloužil lhůtu stanovenou § 79 odst. 2 písm. b) zákona na 6 let, aniž by k tomu byl dán zákonem aprobovaný důvod.
5. Další námitka navrhovatele uvedená v návrhu poukazuje na to, že „administrativní pochybení“ zadavatele v Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky bylo pouze účelové a směřující k preferenci vybraného dodavatele.
6. Nakonec navrhovatel v návrhu uvedl, že opravné oznámení o výběru dodavatele ze dne 23. 6. 2017 není vyplněno v souladu § 123 zákona, zejména dle § 123 písm. b) bod 3 zákona, podle kterého musí být součástí oznámení o výběru dodavatele i seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 odst. 1 písm. a) zákona. Podle názoru navrhovatele Opravné oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky tento seznam neobsahuje.
7. Navrhovatel tedy vyzval Úřad, aby vydal nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele ve vztahu k předmětné veřejné zakázce, a dále navrhl, aby Úřad zakázal zadavateli uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

II. **Napadené rozhodnutí**

8. Dne 3. 10. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0285/2017/VZ-28628/2017/512/KMo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I zamítl návrh navrhovatele směřující proti postupu zadavatele při posouzení splnění podmínek k prokázání kritérií technické kvalifikace stanovené zadavatelem, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona.
9. Ve výroku II Úřad konstatoval, že zadavatel nedodržel pravidlo stanovené v § 123 písm. b) bod 3 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti tím, že v zadávacím řízení veřejné zakázky odeslal dne 23. 6. 2017 Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky, jehož součástí nebyl výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který by obsahoval seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 odst. 1 písm. a), ačkoliv si zadavatel

v bodě 8.5 zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky vyhradil předložení dokladu vztahujícího se k předmětu veřejné zakázky. Tímto podle Úřadu mohl zároveň ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

10. Ve výroku III napadeného rozhodnutí Úřad stanovil opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku II napadeného rozhodnutí tak, že zrušil úkon zadavatele – Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky ze dne 23. 6. 2017 a všechny následující úkony zadavatele učiněné ve věci předmětné veřejné zakázky.
11. Ve výroku IV (v napadeném rozhodnutí chybně označeném opět jako výrok III), uložil Úřad zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
12. Ve výroku V (v napadeném rozhodnutí chybně označeném jako výrok IV¹) uložil Úřad zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
13. Z procesní ekonomie nepovažují za nutné opakovat odůvodnění výroku I, proti kterému není toto řízení o rozkladu vedeno.
14. Výrok II Úřad odůvodnil tak, že doklad o pojištění odpovědnosti za škodu, který vyžadoval zadavatel, je jednoznačně dokladem, který se vztahuje k plnění veřejné zakázky, a proto je nutno jej považovat za doklad podle ustanovení § 104 odst. 1 písm. a) zákona, nikoliv písm. e) stejného ustanovení. Pojištění odpovědnosti za škodu je totiž doplňující podmínkou zadavatele k samotnému plnění veřejné zakázky a zadavatel jeho předložením podmínil samotné uzavření smlouvy. Jelikož však došlo k neuvedení daného dokladu v Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky, byla porušena zásada transparentnosti, protože ostatní dodavatelé nemají postaveno najisto, zda vybraný dodavatel tuto podmínku splnil. Zároveň pak dle Úřadu došlo i ke splnění druhé podmínky pro uložení nápravného opatření, tj. k možnosti, že postup zadavatele ovlivnil nebo alespoň mohl ovlivnit výběr dodavatele. Zadavatel totiž dle Úřadu neuvedl všechny rozhodné doklady a další účastníci zadávacího řízení tak nevěděli, jak zadavatel u vybraného dodavatele posoudil splnění všech podmínek účasti. Situace se tak stala nečitelnou pro všechny krom vybraného dodavatele a zadavatele, což vedlo ke ztrátě kontroly nad postupem zadavatele. V zadávacím řízení tak existovala potenciální možnost, že zadavatel uzavře smlouvu s dodavatelem, který nesplnil všechny podmínky.
15. V odůvodnění výroku III Úřad uvedl, že pochybení, kterého se zadavatel dopustil, je možné napravit pouze zrušením Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky a všech následných úkonů zadavatele.
16. V odůvodnění výroku IV Úřad uvedl, že ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Jelikož byl naplněn daný předpoklad, Úřad uložil zákaz uzavřít smlouvu.

¹ Pro přesnost a jednoznačnost budu nadále navzdory chybnému označení výroků v napadeném rozhodnutí používat číslování správné.

17. V odůvodnění výroku V Úřad uvedl, že jelikož došlo k uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení přezkoumávaného úkonu zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti zadavatele uhradit náklady řízení.

III. Rozklad zadavatele

18. Dne 17. 10. 2017 doručil zadavatel Úřadu rozklad proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 4. 10. 2017. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

19. Zadavatel podal rozklad proti výrokům II, III, IV a V napadeného rozhodnutí. Dle jeho názoru zákon v § 123 písm. b) bod 3 zákona stanoví, že součástí oznámení o výběru dodavatele má být seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 odst. 1 písm. a) zákona. Z toho vyplývá, že při oznámení o výběru dodavatele musí předložit pouze daný seznam dokladů nebo vzorků, avšak nikde není stanoveno, že v době oznámení o výběru dodavatele musí mít zadavatel tyto doklady k dispozici. Dle zadavatele tedy není jasné, zda tyto doklady zadavatel musí mít v dispozici již v době odeslání oznámení o výběru dodavatele, či nikoliv.
20. Dále pak zadavatel v rozkladu namítá, že zcela chybí odůvodnění, jak konkrétně mohl postup zadavatele ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dle zadavatele není rozhodné, zda doklad byl nebo nebyl uveden v Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky, nýbrž je rozhodné, zda vybraný dodavatel takový doklad předloží, či nikoliv. To, že zadavatel část seznamu dokladů dle § 123 písm. b) odst. 3 zákona do Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky neuvedl, nemohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a to ani potenciálně. Navíc zadavatel uvádí, že daný doklad měl k dispozici a že podmínka pro uzavření smlouvy byla splněna. Zadavatel pak dále k dané problematice uvádí, že dle něj není možné, aby se v případě uvedení seznamu dokladů dle výše zmíněného ustanovení zákona jakkoliv změnila situace, respektive že by se vybraným dodavatelem mohla stát jiná osoba. I pokud by tedy zadavatel v Oznámení o výběru dodavatele předmětné veřejné zakázky uvedl všechny požadované dokumenty, dle zadavatele by tato skutečnost nemohla mít ani potenciální vliv na výběr nejvýhodnější nabídky.
21. Nakonec pak zadavatel uvádí, že požadavek na předložení pojistné smlouvy si vyhradil s cílem chránit osoby a majetek v průběhu provádění předmětu plnění. Je tedy v zadavatelově zájmu, aby neuzavřel smlouvu s dodavatelem, který by mu pojistnou smlouvu nepředložil, protože by jednal v rozporu se svými zájmy a vystavil by se dalším rizikům.

Závěr rozkladu

22. Zadavatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil výroky „II, III a IV napadeného rozhodnutí, v němž Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu. S ohledem na skutečnost, že nebyl spáchán správní delikt, žádá zadavatel o zrušení souvisejícího rozhodnutí o uložení nápravného opatření v podobě zrušení Oznámení o výběru a dalších následných úkonů a o zrušení povinnosti uhradit náklady správního řízení.“.

IV. Řízení o rozkladu

23. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

24. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
25. Výrok II napadeného rozhodnutí není dostatečně právně odůvodněn. Výroky III – V napadeného rozhodnutí jsou nesrozumitelné pro nesprávnost svého označení.
26. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení jednotlivých výroků napadeného rozhodnutí a vrácení věci k dalšímu řízení a rozhodnutí.

K rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu

27. Jak jsem uvedl již výše, zadavatel rozkladem napadá pouze výroky označené II, III, III a IV napadeného rozhodnutí.
28. Dle § 82 odst. 3 správního řádu v případě, že odvolání směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, které netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. Uvedené ustanovení se dle § 152 odst. 5 správního řádu použije i na řízení o rozkladu, nevylučuje-li to povaha věci.
29. Co se týče rozsahu přezkumu v řízení o rozkladu, tak uvádím, že vzhledem k tomu, že výrok I napadeného rozhodnutí, jímž došlo k zamítnutí návrhu navrhovatele, nebyl rozkladem žádného z účastníků řízení napaden, přičemž jde o výrok, který není závislý na ostatních výrocích napadeného rozhodnutí, může výrok I napadeného rozhodnutí stát samostatně a samostatně nabýt právní moci. Výrok I napadeného rozhodnutí tedy z tohoto pohledu netvoří s výroky označenými II, III, III a IV napadenými rozkladem zadavatele nedílný celek. Z toho důvodu nabyl výrok I marným uplynutím lhůty k podání rozkladu právní moci dne 20. 10. 2017, neboť napadené rozhodnutí bylo posledním z účastníků správního řízení doručeno dne 4. 10. 2017 a žádný z nich proti výroku I napadeného rozhodnutí rozklad nepodal.

V. K důvodům zrušení výroku II napadeného rozhodnutí

30. V posuzované věci dospěl Úřad k závěru, že oznámení o výběru dodavatele ve smyslu ustanovení § 123 písm. b) zákona neobsahovalo doklad o pojištění odpovědnosti za škodu,

ačkoliv doklad o pojištění je dokladem dle § 104 odst. 1 písm. a) zákona². Tím neměli ostatní uchazeči možnost ověřit, že vybraný dodavatel splnil zadávací podmínky, byla tedy omezena jejich možnost přezkumu průběhu zadávacího řízení, což mohlo mít vliv na výběr dodavatele.

31. Dle § 104 zákona platí, že zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat od vybraného dodavatele jako další podmínky pro uzavření smlouvy a) předložení dokladů nebo vzorků vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky nebo kvalifikaci dodavatele, b) úspěšný výsledek zkoušek vzorků, c) předložení dokladu prokazujícího schopnost dodavatele zabezpečit ochranu utajovaných informací, je-li to k plnění veřejné zakázky nezbytné, d) přijetí určité formy spolupráce podle § 37 odst. 4, nebo e) bližší podmínky součinnosti před uzavřením smlouvy.
32. Dle § 123 zákona platí, že součástí oznámení o výběru dodavatele je 1. seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, 2. U požadované profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace, 3. Seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. a), 4. Výsledek zkoušek vzorků, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. b) zákona.
33. Podřazení pojistné smlouvy pod ustanovení § 104 odst. 1 písm. a) zákona s příslušnými důsledky však podle mého názoru není zcela jednoznačné. Ačkoli se nabízí, že pojistná smlouva je dokladem a doklady spadají pod uvedené ustanovení, toto ustanovení samo současně omezuje množinu dokladů na „*doklady vztahující se k předmětu veřejné zakázky nebo kvalifikaci dodavatele*“. Pojistná smlouva však stejně jako např. bankovní záruka jsou doklady, které se netýkají přímo ani předmětu veřejné zakázky ani kvalifikace dodavatele, nýbrž zajišťují plnění zakázky. Jako takové nejsou tyto doklady předmětem posouzení ani hodnocení.
34. V souvislosti s úvahami o charakteru pojistné smlouvy lze srovnat i právní úpravu a přístup k této problematice za účinnosti předchozího zákona tedy zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách (dále též „**ZVZ**“). Z jeho § 55 odst. 1 a § 50 odst. 3 ve znění před 1. 4. 2012 vyplývalo, že u kvalifikačních kritérií musí být dána souvislost s předmětem veřejné zakázky, přičemž pojistná smlouva byla explicitně upravena jako kvalifikační předpoklad. Výslovná právní úprava pojistné smlouvy však byla ze ZVZ vypuštěna a adekvátně tomu se změnila jednak praxe zadavatelů jednak rozhodovací praxe Úřadu, kdy byl požadavek na předložení pojistné smlouvy spojen až s okamžikem uzavírání smlouvy na veřejnou zakázku.
35. Rozhodnutí Úřadu respektovala, že pojistná smlouva nemusí mít souvislost s předmětem veřejné zakázky a může být předložena až v souvislosti s uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, viz např. rozhodnutí Úřadu ze dne 14. 5. 2015, č. j. ÚOHS-S142/2015/VZ-11513/2015/513/IHI: „*Jiné požadavky zadavatele podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona se musí výslovně týkat plnění zadávané veřejné zakázky, což v daném případě nebylo naplněno. Pojistná smlouva na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě se vlastního plnění této konkrétní veřejné zakázky netýkala, resp. nebyla spjata s jejím plněním.*

² Jedná se o znění zákona do 31. 12. 2017. Od 1. 1. 2018 se jedná o § 104 písm. a) zákona.

Dodavatel pojistnou smlouvou musel disponovat všeobecně pro svoji podnikatelskou činnost. Pojistná smlouva je spjata s osobou dodavatele (jako kvalifikační požadavek), nikoli s faktickým plněním veřejné zakázky, jak je tomu u tzv. jiného požadavku. Mezi jiné požadavky by bylo možno zařadit např. pojištění předmětu veřejné zakázky, nikoli však pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě. Zadavatel proto nebyl oprávněn po uchazečích požadovat pojistnou smlouvu ani s odkazem na § 44 odst. 3 písm. j) zákona. ... Pokud zadavatel požadoval, aby byl vybraný uchazeč pojištěn proti způsobení škody třetí osobě, mohl tento požadavek zařadit mezi obchodní podmínky smlouvy (do návrhu smlouvy, jež by byla součástí zadávací dokumentace) a vyžadovat předložení uzavřené pojistné smlouvy před podpisem (či po podpisu) smlouvy pouze po vybraném uchazeči.“

36. Obdobně k pojištění odpovědnosti např. v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R162/2015/VZ-16144/2016/323/KKř ze dne 18. dubna 2016: „Je tak zcela evidentní, že pojištění odpovědnosti dodavatele se váže pouze k jeho osobě, resp. vlastní činnosti, zatímco je nedůležité, pro koho a v jaké konkrétní věci v dané chvíli tuto činnost, jež je předmětem pojištění, vykonává. Nejinak je tomu i v situaci, kdy si dodavatel sjedná pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou zadavateli v rámci konkrétní veřejné zakázky, neboť typově či charakterově se bude jednat o totožné pojištění profesní odpovědnosti jako takové. Neztotožňuji se ani s tvrzením zadavatele, že požadavek na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou třetí osobě alespoň směřuje k předmětu veřejné zakázky, byť je nepochybné, že se předmětu veřejné zakázky určitým způsobem dotýká. Pojištění odpovědnosti je provázáno toliko s osobou pojištěného, s předmětem veřejné zakázky souvisí pouze do té míry, že k pochybení pojištěného dochází při výkonu činnosti na realizaci veřejné zakázky.“
37. Jak z uvedeného vyplývá, je představitelné, že bude pojistná smlouva podřazena pod § 104 odst. 1 písm. e) zákona, tzn. s mírně odlišným právním režimem, který zadavateli umožní žádat předložení pojistné smlouvy až např. před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku. Z argumentace Úřadu není zřejmé, na čem je založen odklon od přístupu zastávaného od 1. 4. 2012 a z jakého důvodu nelze poskytnout zadavateli možnost si zvolit okamžik, kdy potřebuje mít pojistnou smlouvu k dispozici, a v návaznosti na to i režim, který bude pojistná smlouva sledovat (§ 104 písm. a) či § 104 písm. e) zákona).
38. Podřazení pojistné smlouvy pod § 104 odst. 1 písm. e) zákona znamená, že zadavatel může chtít předložit pojistnou smlouvu až nejpozději v den uzavření smlouvy a nevztahuje se na ni ustanovení § 123 zákona. Zadavatel na sebe bere určité riziko, např. že smlouva nebude předložena, nicméně nebude-li pojistná smlouva před podpisem smlouvy předložena, může zadavatel využít práva dle § 122 a účastníka zadávacího řízení ze zadávacího řízení vyloučit.
39. V úvahu je třeba brát to, že v praxi může zařazení pojistné smlouvy pod písm. a) působit problémy ve spojení s ustanovením § 122 a 123 zákona. Dodavatel totiž bude povinen předložit pojistnou smlouvu de facto ještě v době, kdy není postaveno na jisto, že splňuje podmínky zadávací dokumentace a že s ním bude uzavřena smlouva. S uzavřením pojistné smlouvy se však mohou pojít značné náklady, které bude nucen vynaložit.
40. Napadené rozhodnutí se možností, že by pojistná smlouva spadala pod ustanovení § 104 písm. e) zákona zabývá, avšak vylučuje ji s odkazem na důvodovou zprávu a komentářovou literaturu. Z těchto zdrojů však dle mého názoru nelze učinit jednoznačný závěr o tom, že by taková kvalifikace nebyla možná.

41. Důvodová zpráva je ohledně § 104 nestrukturovaná, a ačkoli pojistnou smlouvu uvádí, neřadí ji pod konkrétní písmeno uvedeného ustanovení.
42. Stejně tak komentářová literatura není příliš specifická. Podešva a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, Komentář, Wolters Kluwer 2016 – pojistnou smlouvu pod § 104 odst. 1 písm. a) neřadí ani ji jinde nezmiňuje. Pod písm. a) podřazuje výslovně dokumenty ke kvalifikaci a k předmětu plnění. Pod písm. e) kladou další požadavky nad rámec těch v předchozích písmenech. Herman a kol.: Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2016 – pod § 104 odst. 1 písm. a) řadí výslovně pojistnou smlouvu. Pod e) řadí podrobné podmínky součinnosti – termíny, způsob jednání, zasílání. Macek a kol.: Zákon o zadávání veřejných zakázek, Praktický komentář s judikaturou, Leges, 2017 – pod § 104 odst. 1 písm. a) řadí doklady nebo vzorky vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky nebo ke kvalifikaci vybraného dodavatele. Těmi mohou být např. doklady osvědčující požadované vlastnosti předmětu veřejné zakázky, doklady zajišťující řádné plnění smlouvy (např. složení jistoty, předložení harmonogramu realizace předmětu veřejné zakázky, předložení dokladů o zajištění subdodávek, atd.). Požadované doklady či vzorky mohou též osvědčovat kvalifikaci vybraného dodavatele. Pod e) řadí ostatní podmínky součinnosti, např. termíny, způsob komunikace.
43. Text zákona, důvodová zpráva ani uváděné komentáře neobsahují podle mého názoru žádnou silnou překážku pro to, aby bylo předložení pojistné smlouvy bráno jako bližší podmínka součinnosti před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku, tedy aby pojistná smlouva spadala pod ustanovení § 104 písm. e) zákona.
44. V dané věci je nutno se kvalifikací pojistné smlouvy více zabývat. Je nutno zodpovědět otázku, zda zadavatel požadoval obecnou smlouvu o pojištění odpovědnosti za škodu, či zda měla být pojistná smlouva navázána na předmět plnění veřejné zakázky nebo na kvalifikaci dodavatele. V případě, že Úřad dojde k závěru, že zadavatel požadoval obecnou smlouvu o pojištění odpovědnosti za škody, je nutné, aby se opakovaně zabýval otázkou, zda je na místě tuto řadit pod ustanovení § 104 písm. a) zákona, ačkoli tento pamatuje pouze na dokumenty spojené s plněním veřejné zakázky, či zda je akceptovatelné, aby si zadavatel zvolil podřazení pod ustanovení § 104 písm. e) zákona. Opomenuta by neměla být ani úvaha, zda je na místě odklon od dosavadní praxe a na čem má být založen.
45. K problematice výroku II napadeného rozhodnutí tedy uzavírám, že je zapotřebí, aby Úřad doplnil své úvahy týkající právní kvalifikace skutku, a v návaznosti na to, aby právní kvalifikaci případně revidoval.

VI. K důvodům zrušení výroků III - V napadeného rozhodnutí

46. Napadené rozhodnutí, jak je patrné i ze shrnutí uvedeného výše, trpí ve výrokové části vadou, chybným označením výroků. Výrok rušící úkon zadavatele tak nese označení III, avšak toto označení nese i výrok ukládající zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. V pořadí pátý výrok o nákladech řízení tak nese označení IV.
47. Základními požadavky na správní rozhodnutí jsou vyjma formálních náležitostí dle § 68 a násl. správního řádu i požadavky na jeho srozumitelnost a přezkoumatelnost. Účastník řízení by měl z výroků rozhodnutí, jakož i z jeho odůvodnění jasně seznat, proč správní orgán rozhodl, jak rozhodl. Konkrétní pasáž odůvodnění by tak měla být jednoznačně spojena

s konkrétním výrokem. Správnost poučení pak zakládá procesní práva a předurčuje procesní kroky účastníka řízení. Zmatečnost poučení by mohla zasáhnout do práva účastníka řízení na spravedlivý proces.

48. V daném případě Úřad v napadeném rozhodnutí zjevně chybně označil jednotlivé výroky. Tato vada by sama o sobě znamenala zřejmou nesprávnost, kterou by bylo možno napravit ve smyslu ustanovení § 70 správního řádu. Takový úkon je však oprávněn provést toliko orgán, který rozhodnutí vydal. V současném procesním stádiu již náprava touto cestou možná není.
49. Uvažoval-li jsem o nápravě napadeného rozhodnutí v této části ve druhém správním stupni, pak proti pouhé změně napadeného rozhodnutí hovoří fakt, že pochybení v označení výroků se bohužel projevilo i v odůvodnění napadeného rozhodnutí (od bodů 116 dále) a v poučení o opravném prostředku a jeho účincích.
50. V závěru odůvodnění napadeného rozhodnutí totiž Úřad směšuje jednak správná označení jednotlivých výroků, jednak chybná označení jednotlivých výroků, ať již se jedná o replikaci chyby úvodní (bod 120 napadeného rozhodnutí) či o chybu novou (bod 119 napadeného rozhodnutí).
51. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí tedy netkví toliko v chybě v psaní ve výrokové části napadeného rozhodnutí, ale zejména v tom, že jednotlivé výroky nekorespondují s částmi, kterými mají být odůvodňovány. Zejména odůvodnění výroku IV replikuje chybu číslování výroků, přidává další chybu, což v souhrnu způsobuje jeho zmatečnost a nepřezkoumatelnost.
52. Uvedenými vadami se napadené rozhodnutí dostalo za hranici srozumitelnosti a stalo se nepřezkoumatelným. To je pak důvodem, proč jsem přistoupil ke zrušení výroků III – V.

VII. K nařízení předběžného opatření výrokem II. tohoto rozhodnutí

53. Podle § 248 zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, při kterém může mimo jiné nařizovat předběžná opatření. Zákon neobsahuje zvláštní postup pro nařízení předběžného opatření v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, proto se subsidiárně použije obecná úprava obsažená v § 61 odst. 1 správního řádu.
54. Podle § 61 odst. 1 správního řádu může správní orgán z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídít předběžné opatření, je-li třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, nebo je-li obava, že by bylo ohroženo provedení exekuce. Předběžným opatřením lze účastníkovi nebo jiné osobě přikázat, aby něco vykonal, něčeho se zdržel nebo něco strpěl, anebo zajistit věc, která může sloužit jako důkazní prostředek, nebo věc, která může být předmětem exekuce.
55. Podle § 61 odst. 3 správního řádu správní orgán předběžné opatření zruší rozhodnutím bezodkladně poté, co pomine důvod, pro který bylo nařízeno. Neučiní-li tak, pozbývá předběžné opatření účinnosti dnem, kdy se rozhodnutí ve věci stalo vykonatelným nebo nabylo jiných právních účinků.

56. Dle § 152 odst. 2 správního řádu o rozkladu rozhoduje ministr nebo vedoucí jiného ústředního správního orgánu. Dle § 152 odst. 5 správního řádu nevylučuje-li to povaha věci, platí pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání.
57. Dle § 93 odst. 1 správního řádu jestliže není v této hlavě stanoveno jinak, pro řízení o odvolání se obdobně použijí ustanovení hlavy I až IV, VI a VII této části.
58. Vzhledem k uvedenému konstatuji, že předseda Úřadu jako nadřízený správní orgán rozhodující o rozkladu může z moci úřední nebo na požádání účastníka před skončením řízení rozhodnutím nařídit předběžné opatření při splnění zákonných podmínek v souladu s § 61 odst. 1 správního řádu.
59. Účelem, pro který navrhovatel toto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele návrhem inicioval, bylo (eventuální) uložení nápravného opatření v zadávacím řízení veřejné zakázky. A právě tento účel řízení byl v prvních 60 dnech ode dne zahájení tohoto řízení zajištěn zákazem uzavřít smlouvu uloženým zadavateli ex lege ustanovením § 246 odst. 1 písm. d) zákona. Dalším zajištěním téhož účelu v následujícím průběhu tohoto správního řízení pak bylo obligatorní uložení zákazu zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu podle § 263 odst. 8 zákona, a to přímo výrokem IV napadeného rozhodnutí (v napadeném rozhodnutí chybně označeném opět jako výrok III). S ohledem na to, že jsem dospěl k závěru o nutnosti zrušení napadeného rozhodnutí co do výroku označených II, III, III a IV, tedy včetně výroku zajišťujícího účel tohoto správního řízení v jeho dalším průběhu, a rovněž s ohledem na to, že zákonná blokační lhůta podle § 246 odst. 1 písm. d) zákona již uběhla, dospěl jsem k dílčímu závěru o možné absenci jakéhokoli zajištění účelu tohoto správního řízení v době po nabytí právní moci výroku I tohoto rozhodnutí o rozkladu.
60. Proto jsem se zabýval konkrétními okolnostmi zjištěného stavu věci a dosavadním průběhem tohoto správního řízení z toho pohledu, zda je třeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků tohoto správního řízení zejména během nového projednání věci Úřadem. Dospěl jsem přitom k závěru, že z důvodu stávajícího procesního stavu tohoto správního řízení, přetrvávání účelu tohoto správního řízení a zejména pak z toho důvodu, že postup zadavatele bude předmětem nového posouzení u Úřadu, přetrvává dle § 263 odst. 2 zákona potřeba zajistit možnost uložení (eventuálního) nápravného opatření v zadávacím řízení veřejné zakázky. Pokud by totiž došlo k uzavření smlouvy zadavatele s vybraným dodavatelem v průběhu tohoto řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, byla by tato možnost zmařena.
61. Z výše uvedených důvodů jsem rozhodl o nařízení předběžného opatření ve smyslu § 61 odst. 1 správního řádu, jak je uvedeno ve výroku II tohoto rozhodnutí.

VIII. Závěr

62. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí ve výrocích označených II, III, III a IV a vrácení věci Úřadu k novému projednání, a dále že přetrvává potřeba, aby byly zatímně upraveny poměry účastníků, jsem rozhodl tak, jak je ve výrocích tohoto rozhodnutí uvedeno. Úřad je při novém projednání věci vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti výroku I tohoto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Proti výroku II tohoto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, který o něm rozhoduje. Rozklad proti výroku II tohoto rozhodnutí nemá podle § 61 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, odkladný účinek. Rozklad se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. město Třebíč, Karlovo náměstí 104/55, 674 01 Třebíč
2. JUDr. Ing. Jan Vych, advokát, ev. č. ČAK 10316, advokátní kanceláře Advokátní kancelář Vych & Partners, s. r. o., IČO 61215741, se sídlem Lazarská 11/6, 120 00 Praha 2, Nové Město
3. společnost KLEE s. r. o., Skalecká 350/3, 170 00 Praha 7

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy